

ジャーナリストの法的定義（２・完）——ジャーナリズムではなく——

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-04-18 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 前田, 正義, MAEDA, Masayoshi メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.15053/0000000117

【論文】

ジャーナリストの法的定義（２・完）
——ジャーナリズムではなく——

前田 正義

目次

はじめに

1. オールド・メディアにおけるジャーナリスト
2. ニュー〈オールド〉メディアにおけるジャーナリスト
 - (1) Silkwood 判決
 - (2) von Bulow 判決
 - (3) Shoen 判決
3. ニュー〈ニュー〉メディアにおけるジャーナリスト
 - (1) O'Grady 判決
 - (2) Mortgage Specialists 判決
 - (3) Too Much Media 判決
 - (4) TechnoBuffalo 判決
 - (5) Branzburg 判決のアイロニー（以上本誌 103 号）
4. institutionalism におけるジャーナリスト
 - (1) 修正第 1 条
 - (2) ジャーナリスト
5. 日本法におけるジャーナリスト
6. ジャーナリズムではなく
むすび（２・完）

4. institutionalism におけるジャーナリスト

(1) 修正第 1 条

アメリカにおいて、ジャーナリストの特権の享有主体となるジャーナリストの法的定義に関する問題に対しては、伝統的な表現の自由（アメリカ合衆国憲法修正第 1 条）論を無文脈的なアプローチであるとして捉えたい。文脈的なアプローチをとることにより、解決を図る解釈がある。制度論（institutionalism）における、制度論的転回（institutional turn）である。以下、代表的な制度論的転回における、ジャーナリストの法的定義の前提となる修正第 1 条論、そしてジャーナリストの法的定義について、概観する。

はじめに、制度論的転回は、修正第 1 条論の伝統的なアプローチについて、「合衆国最高裁判所は、多くの文脈とメディアに対して一般に適用可能な原理を定立しているように思われる。合衆国最高裁も、『街宣車』あるいは『掲示板』を扱う場合、一般原理のカテゴリー——パブリック・フォーラムの原理、営利的言論の原理など——の下、問題へアプローチするだろう¹⁾」。また、「伝統的なアプローチは、修正第 1 条の法と理論の広汎な展望を総べるため、高次の抽象性を制御している。それは、伝統的なアプローチが多く重要な考慮すべき事実を明らかに無視することを意味している。これらの伝統的なアプローチは失敗あるいは曖昧となり、そして伝統的なアプローチには、そのようになる理由が²⁾」ある、とする。

その理由は、「無文脈性の誘惑——法律家と裁判官が特定の事実の文脈を超越した法の概念とカテゴリーに世界を分けたいと思うことへの誘引——であるという。〔この〕無文脈性の誘惑は、法律家と裁判官が法の一般性と

¹⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 41 (2013).

なお、本稿においては、脚注において重複する書誌などの略記の方法について、通常用いられている「前掲」および“ibid.”などの表記方法は用いることなく、「参照記述が個別に取り出されたとき書誌要素の一部を明示することができなくなることのなきように、書誌名などを重複して表記することとする（独立行政法人科学技術振興機構『科学技術情報流通技術基準 SIST 02/05/06 2007 年版』2010 年、5 頁）。そして、本稿を掲載する海保大研究報告（法文学系）の投稿規定においても、このような表記方法は、許容されている。

²⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 41 (2013).

抽象性に注目し、事実の文脈への過度の傾倒を避ける、『瘦身の走者の如く³⁾』あるべき⁴⁾』である、とする。

「さらに、世界についてのこの無文脈的な法構想は、ほとんどトップ・ダウンにより、課される。無文脈的な法構想は、法が世界において命令を課するために、法そのものの概念とカテゴリーを用いる。無文脈的な法構想は、規範的ではあるが、応答的ではない。無文脈的な法構想は、『個人の正当な評価、社会的な文脈、および制度論的なプロセスの変化をボトム・アップ⁵⁾』なくして、なされる⁶⁾。』という。

これに対して、「制度論的転回には、応答および立法のボトム・アップという前提との一貫性がある。制度論的転回は、文脈を奪われた『言論』の一定程度理想化された構想というよりも、むしろ公的言説が生まれる現実の制度的な文脈に注目することから、応答的である。制度論的転回は、裁判所によって制度に対して画一的な方法を課せられるというよりも、むしろ制度そのものから現れる法の基準を構想することから、ボトム・アップのアプローチである⁷⁾。』とする。

そして、修正第1条の制度については、「2つの特徴——修正第1条の制度が公的言説において、また修正第1条の制度の自主規制の規範と慣習において、果たす中心的役割——に注目する『修正第1条の制度論』と定義するものに関わる、いくつかの基本的な思想⁸⁾』がある。「したがって、公的言説は、公共圏における公的言説のコミュニケーション、あるいはとりわけ政治的および民主主義的な統治に関わる世論の形成に仕える公共圏内のコミュニケーション媒体、として定義づけられる⁹⁾。」「また、修正第1条の制度は、市民および共通の文化の共有者としての我々の生活にとって

³⁾ See Martha Minow, Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors, 33 Wm. & Mary L. Rev. 1201 (1992).

⁴⁾ Paul Horwitz, First Amendment Institutions, Harvard University Press, at 45 (2013).

⁵⁾ Victoria Nourse & Gregory Shaffer, Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?, 95 Cornell L. Rev. 61 at 113 (2009).

⁶⁾ Paul Horwitz, First Amendment Institutions, Harvard University Press, at 68 (2013).

⁷⁾ Paul Horwitz, First Amendment Institutions, Harvard University Press, at 75 (2013).

⁸⁾ Paul Horwitz, First Amendment Institutions, Harvard University Press, at 81 (2013).

⁹⁾ Paul Horwitz, First Amendment Institutions, Harvard University Press, at 82 (2013). See Robert Post, Participatory democracy and Free Speech, 97 Va. L. Rev. 477 at 482-483 (2011).

基本的あるいは本質的な制度である。とりわけ、この制度は、公的言説にとりわけ重要な貢献をなす制度である¹⁰⁾。」という。

(2) ジャーナリスト

以上の修正第 1 条論の文脈的なアプローチの下、ジャーナリストの法的定義について、制度論的転回は、「問題は、新しいメディアが、『プレス』であるかではなく、新しいメディアそのものが制度であるか、また制度であるとするならば、いかなる権利、責任、および制限を具えるべきか、である¹¹⁾」ことを端緒とする。

そして、プレス制度については、「プレスの制度的な処遇は、カテゴリカルな側面と機能的な側面の双方をもつだろう¹²⁾」。したがって、「一旦、プレスがプレスとして認定された場合、裁判所は、既存の活動がニュースに値する情報を収集そして公表するという、プレスの機能的な役割〔ジャーナリズム〕を充たすか否かについて、〔カテゴリカルな側面に拠り、〕洞察的な審査に着手する必要はないだろう¹³⁾。」とする。

そのうえで、プレス制度の根拠となるジャーナリズムについては、「ニュースの公表に関わる活動にとどまるものではない。ジャーナリズムは、ニュースを収集する活動の中核なのである¹⁴⁾」。しかし、「多くの人々は、情報を収集そして照合する技術と資源を欠いている¹⁵⁾」。「優れたニュース記事は——平均的な記事でさえも——、集団の所産なのである¹⁶⁾。」としている。

「要するに、プレスへの文脈的なアプローチと制度的なアプローチは、公的言説に対する制度的なプレスの貢献と、自己批判および自主規制のためのプレスの能力双方との優位性を高めている¹⁷⁾。このアプローチは、公

¹⁰⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 85 (2013).

¹¹⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 146 (2013). See Frederick Schauer, *Towards an Institutional First Amendment*, 89 Minn. L. Rev. 1256 at 1275 n.91 (2005).

¹²⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 154 (2013).

¹³⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 155 (2013).

¹⁴⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 155 (2013).

¹⁵⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 155 (2013).

¹⁶⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 155 (2013).

¹⁷⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 158-159 (2013).

表について自ら判断する権利だけではなく、取材へ介入する政府あるいは一般に適用可能な法の執行に対するより強力な特権も包含する、より顕著な制度的な自律をプレスに与える¹⁸⁾。[たしかに、] このアプローチは、法の下において何人も同じ義務を負うという伝統ある無文脈的な見地とは相容れることはなく、またプレス以外の表現者が修正第1条の下で2等市民になる、という問題を生じるかもしれない。しかし、プレスの自律には、プレスと同じく公の需要に仕える者、という申し分のない根拠がある。……そして、プレス以外の表現者に対して憲法上の保護の欠缺を強いる独立と制度を志向するプレス条項なのではない。¹⁹⁾」とする。

以上により、制度論的転回は、オールド〈ニュー〉メディアにおけるジャーナリズムについて、「ジャーナリズムの基本的な慣習と倫理は、記事〔番組〕が新聞において印刷あるいはニュース放送ネットワークあるいはケーブル・ニュース・チャンネルにおいて放送されるか否かにより、変わることはない²⁰⁾。」「裁判所にとって考慮すべき問題についての重要なカテゴリーは、ジャーナリズム性をもつ言論がなされる場あるいは放送局の公あるいは私の地位の如何を通したパイプでもなく、ジャーナリズムである、という単なる事実である²¹⁾。」という。

つぎに、制度論的転回は、ニュー〈ニュー〉メディアにおけるジャーナリズムについて、以下のように述べている。たしかに、Scott Gantの言によるならば、「現在、我々はみな、ジャーナリストである。²²⁾」。また、Yochai Benklerの言によるならば、ネットワーク化された情報の時代において、諸個人は、「20世紀の情報産業経済において果たしえた役割よりも、積極的な役割を果たすことができる²³⁾」にとどまることなく、「その他〔プレス以外〕

¹⁸⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 159 (2013).

¹⁹⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 159 (2013).

²⁰⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 165 (2013). See, e.g., Radio Television Digital News Association, Code on Ethics and Professional Conduct, available at http://www.rtnda.org/pages/media_items/code-of-ethics-and-professional-conduct48.php.

²¹⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 165 (2013).

²²⁾ Scott Grant, *We're All Journalists Now: The Transformation of the Press and Reshaping of the Law in the Internet Age*, at 204 (2007).

²³⁾ Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, at 2 (2006).

の法的に定義された階級——通信の社会資本とメディアの所有者——による不正な操作をあまり受けてはいない²⁴⁾」ことから、「営利的なマスメディア市場に劣ることのない、新たな１つの公共圏²⁵⁾」を創りだしている²⁶⁾、という。

ただし、「重要であることは、ネットワーク化されたメディアが、情報の関連性と正確性の保証について実績のある従来の方法において、またネットワーク化された環境を悩ませている情報の信頼性と氾濫の問題の一部を解決するプロセスにおいて、伝播してきたこと、である²⁷⁾」。「これは、業務監査ジャーナリズム——同輩による事後評価——のインターネット・モデルである²⁸⁾。」という。

「そして、大部分の『インターネット・ジャーナリズム』は、新たな通信制度を通して、従来の制度的なプレスをまさしく運営している。それは、貴方が New York Times を新聞あるいは所持する iPad で読むかどうか、貴方が ABC News をテレビあるいは所持するノート型パソコンで読むかどうかという、これらの目的とはほとんど異なるところがない。これらの組織体が制度上の慣習的な規範を遵守するのであるならば、それらの従来版とオンライン版の法的な地位は、同一であるべきである²⁹⁾」。そして、「複数のブログは、新聞のような従来のメディアが果たしてきた同種の機能——ニュースの収集、伝播、および論評——を果たしている³⁰⁾」。また、「制度的なプレスに対してオンライン上において最も類似するメディアは、ブログスフェアである。³¹⁾」そこでは、「制度としてのブログの既存の目的、価

²⁴⁾ Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, at 9 (2006).

²⁵⁾ Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, at 10 (2006).

²⁶⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 167 (2013).

²⁷⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 167 (2013).

²⁸⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 168 (2013). See Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, at 77 (2006).

²⁹⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 168 (2013).

³⁰⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 168 (2013).

³¹⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 168 (2013).

値, および性質に対して, いかなる保護が必要であるか, 問うべきである³²⁾。」という。

ただし, 「典型的に, 我々は, 自らの誤謬を正すために, 新聞に依存している³³⁾」。「我々は, 一連の有効かつ妥当な職業上の安全装置を擁する従来の制度のモデルの下, 運営されている各々の新聞社あるいは放送局に期待しているのである³⁴⁾」。その一方, 「ブログスフェアにおいて, 誤謬は, 多くの他のブログにおける誤謬の露見と訂正された見解の公表をとおして, 開示され, 訂正される³⁵⁾」。「たしかに, この誤謬を訂正する装置は, 制度的なプレスを支配する倫理規範と慣習として, 存在している³⁶⁾」。「このことは, 2 つのことを示唆している。第 1 に, ブログスフェアは, 修正第 1 条に関する一定の制度的な自律のために〔ジャーナリストの〕特権を認めることができる類いの性質——特性と一連の自主規制の慣習が進化する場合に限定できる——を高めている。第 2 に, ブログスフェアは, その自律の性質と射程について, 何かを言及することである³⁷⁾」。それにもかかわらず, 「多くのブロガーは, メイン・ストリームのメディアを嘲笑しているが, 確立されたプレスによってなされた報道に, 未だ依拠している³⁸⁾。……ブロガーは, 携わっていない機能——報道——に対する〔ジャーナリストの〕特権を主張することはできないのである³⁹⁾。」という。

以上により, 「より多くのブロガーがニュースの重要な収集そして伝播に携わっている場合, その努力は, 伝統的なプレスに与えられるべき同じ種

³²⁾ Paul Horwitz, First Amendment Institutions, Harvard University Press, at 169 (2013).

³³⁾ Paul Horwitz, First Amendment Institutions, Harvard University Press, at 169 (2013).

³⁴⁾ Paul Horwitz, First Amendment Institutions, Harvard University Press, at 169 (2013).

³⁵⁾ Paul Horwitz, First Amendment Institutions, Harvard University Press, at 169 (2013). See, e.g., Richard A. Posner, Bad News, New York Times, July 31, 2005, Book Review, at 1.

³⁶⁾ Paul Horwitz, First Amendment Institutions, Harvard University Press, at 170 (2013). See, e.g., Yochai Benkler & Aaron Shaw, A Tale of Two Blogospheres: Discursive Practices on the Left and Right, Berkman Center For Internet and Society, April 27, 2010, available at http://cyber.law.harvard.edu/publications/2010/Tale_Two_Blogospheres_Discursive_Practices_Left_Right; but see Eszter Hargittai et al., Cross-Ideological Discussions Among Conservative and Liberal Bloggers, 134 Public Choice 67 (2008).

³⁷⁾ Paul Horwitz, First Amendment Institutions, Harvard University Press, at 170 (2013).

³⁸⁾ See e.g., Richard A. Posner, Bad News, New York Times, July 31, 2005, Book Review, at 1; Katherine Q. Seelye, Study Finds More News Media Outlets, Covering Less News, New York Times, March 13, 2006, at C3.

³⁹⁾ Paul Horwitz, First Amendment Institutions, Harvard University Press, at 171 (2013).

類の制度上の〔ジャーナリストの〕特権により、報いられるべきである⁴⁰⁾。』。すなわち、「プレスは、その公あるいは私の地位ではなく、その機能に根拠づけられるべきである。プレスは必ずしも絶対ではなく、その射程は、広汎であるべきであり、また制度自体の最も優れた慣習により洗練されるべきである。その目的は、公的言説を創る制度としてのプレスに対する貢献のためのプレスの自律にあるべきである⁴¹⁾。」という⁴²⁾。

したがって、制度論的転回において、ジャーナリストの特権の享有主体であるジャーナリストとは、公的言説を生成するため、自律を以てニュースを収集、訂正、そして伝播する者、となるだろう。

5. 日本法におけるジャーナリスト

これまで、アメリカ法におけるジャーナリストの法的定義について参照してきた。つぎに、日本法においては、ジャーナリストの法的定義について、実定法上、「報道機関」ないしはジャーナリストについて規定されているとみられているのが、個人情報保護に関する法律および特定秘密の保護に関する法律である。

個人情報保護法は、「個人情報取扱事業者のうち次の各号に掲げる者については、その個人情報を取り扱う目的の全部又は一部がそれぞれ当該各号に規定する目的であるときは、前章の規定は、適用しない。」（50条1項）者として、「放送機関、新聞社、通信社その他の報道機関（報道を業として

⁴⁰⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 171 (2013); see e.g., Mary-Rose Papandrea, *Citizen Journalism and the Reporter's Privilege*, 91 Minn. L. Rev. 515 at 521 (2007); Linda L. Berger, *Shielding the Unmedia: Using the Process of Journalism to Protect the Journalist's Privilege in an Infinite Universe of Publications*, 39 Hous. L. Rev. 1371 at 1373-1374 (2003); Laurence B. Alexander, *Looking Out for the Watch-dogs: A Legislative Proposal Limiting the Newsgathering Privilege to Journalists in the Greatest Need of Protection for Sources and Information*, 20 Yale L. & Pol'y Rev. 97 at 101 (2002); David A. Anderson, *Freedom of Press*, 80 Tex. L. Rev. 429 at 529 (2002).

⁴¹⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 172 (2013).

⁴²⁾ なお、「伝統的なプレス制度についての我々の構想と新たなプレス制度の発現は、法的、経済的、および技術的な力が新たなプレス制度の構造を形成してきた道筋を示しているのである。あらゆる制度と同様に、言論の制度は、常に依存制的なのである。言論の制度は、利用可能な社会的および技術的な資源に依存しているのである。」とする。Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press, at 172 (2013); see e.g., Lawrence Lessing, *Code and Other Laws of Cyberspace*, at 4-14 (1999).

行う個人を含む。) 報道の用に供する目的」(同項1号)を有する者をジャーナリストとして規定している。

また、特定秘密保護法は、「この法律の適用に当たっては、これを拡張して解釈して、国民の基本的人権を不当に侵害するようなことがあってはならず、国民の知る権利の保障に資する報道又は取材の自由に十分に配慮しなければならない。」(22条1項)ことから、「出版又は報道の業務に従事する者の取材行為については、専ら公益を図る目的を有し、かつ、法令違反又は著しく不当な方法によるものと認められない限りは、これを正当な業務による行為とするものとする。」(同条2項)と規定している。

したがって、日本の法律上、いわゆるジャーナリストは、「報道の用に供する目的」を有する「報道機関(報道を業として行う個人を含む。)」(個人情報保護法)者とされており、また「出版又は報道の業務に従事する者」(特定秘密保護法)とされていることから、報道を「業」として行う者といえるだろう。

つぎに、判例上、ジャーナリストの法的定義については、取材源秘匿権の享有主体性に関する事案ではないけれども、レペタ事件⁴³⁾などを挙げるができる。同事件では、法廷においてメモの採取する研究者の権利が争点となった。同判決は、研究者と「司法記者クラブ所属の報道機関の記者」との法的取扱い上の差異について、「報道の公共性、ひいては報道のための取材の自由に対する配慮に基づき、司法記者クラブ所属の記者に対してのみ法廷においてメモを取ることを許可することも、〔憲法14条1項において〕合理性を欠く措置ということとはできない」とした。

また、第2次記者クラブ訴訟判決⁴⁴⁾では、同じくジャーナリストであるにも拘わらず、記者クラブに所属しないフリー・ジャーナリストと記者クラブに所属するジャーナリストとの取扱い上の差異が争点となった。同判決は、「記者クラブは、……我が国の報道分野において一定の役割を果たしているものであるから、……それ以外の報道機関には〔判決文の要旨を〕特に交付はしないという取扱いをすることが、〔報道機関の公共性を考慮し、

⁴³⁾ 最判平成元年(1989年)3月8日民集43巻2号89頁。

⁴⁴⁾ 東京地判平成12年(2000年)10月5日判時1741号96頁。

裁判の内容理解を助けるという〕その目的との関連で〔憲法 14 条 1 項において〕著しく不合理なもので、裁量判断の合理的な限界を超えているとは言い難い」とした。

双方の判決は、事件の文脈に拠るところもあるが、記者クラブに所属するメイン・ストリームのジャーナリストとフリー・ジャーナリストを含むその他の者について、基本的には、絶対的な表現の自由の問題ではなく、ジャーナリストのみが相対的な平等の問題において法的な保護を受ける者としているように考えられる。

つぎに、学説では、ジャーナリストの法的定義（取材源秘匿権の享有主体）について、「取材源の秘匿」の目的が「自由な情報流通に向けた活動の自由」にあると措定されているため、また「報道機関を自称する者すべてに何らかの法的保護」を与える場合には取材源秘匿権の適用によって容易に刑事司法制度が機能不全に陥るため、「規範的に見て報道の自由の担い手と評価すべき者に限られるべきであろう」として、「単に情報を配信」するのではなく、「現に受け手の利益に資する情報流通」を行う「報道活動」の担い手が「報道機関」であるという。したがって、「受け手の利益を顧慮しなくても存続しうる以上、受け手のために活動していることの実質を認めがたいため」、「報道活動に対して受領する対価によって存立している活動」を行う者が「報道機関」であるという⁴⁵⁾。このようなジャーナリストの法的定義は、取材源秘匿権の目的とされている「公衆への情報の自由な流通」にいう「情報」の内容について、取材源秘匿権の広汎な適用による司法制度の機能不全を理由として、狭義に理解することを指向する立場であると評価できるだろう。

日本法におけるジャーナリストの法的定義については、既述のように、概ね、報道を「業」とする者となるだろう。この法的定義の射程については、メイン・ストリームに属するマスメディアだけではなく、いわゆるフリー・ジャーナリストも一応包摂されることとなる。その意味において、

⁴⁵⁾ 池田公博「刑事裁判における取材源の秘匿」145-146 頁、ドイツ憲法判例研究会編・鈴木秀美編代『講座 憲法の規範力（第 4 巻） 憲法の規範力とメディア法』信山社、2015 年。

メディアについては中立的な定義といいえよう。しかしながら、ブロガーのような場合、「業」へ包摂されるものかについては、必ずしも明晰ではないだろう。

6. ジャーナリズムではなく

既述のように、アメリカにおいて、当初、**Branzburg** 判決において、ジャーナリストの特権を享有する主体（メディア）に関しては、「最新の写真植字術を駆使する大都市の大規模な出版社」と「カーボン紙あるいは謄写版を使うプレス」の自由が孤独なパンフレット発行者」とに分けて考えられていた⁴⁶⁾。そこでは、少なくとも判例上、ジャーナリストの特権を享有できるメディア（媒体）と個人的なメディアを峻別できないとして、ジャーナリストの特権には必ずしも肯定的ではなかった。

しかし、その後、マスメディアだけではなく、個人的なメディアにも、ジャーナリストの特権の享有主体性を認める見地が有力となってきた。それは、たとえ個人的なメディアであるとしても、公衆へ情報を伝達する意図を情報収集の端緒において有しているのであるならば、公衆への情報の伝播というジャーナリストの特権の目的に適うという点において、マスメディアとは異ならないためである⁴⁷⁾。その意味において、このような見地は、メディア（媒体）に関して中立的な見地であるといえよう。そこでも、当然、マスメディアではなく、また公衆へ情報を伝播する意図さえも有することなく、情報を収集する個人は、ジャーナリストの特権を享有できないこととなる。

しかし、その後、インターネット技術の急激な進歩に伴って、公衆へ情報を伝播する潜在的能力を有することとなった者は、「カーボン紙あるいは謄写版を使うプレス」の自由が孤独なパンフレット発行者」を超えて、ホームページ管理者やブロガーなど、飛躍的に増加することとなった。このような情報（を伝播する）環境の劇的な変化は、公衆への情報の伝播というジャーナリストの特権の目的の見地から、個人的なメディアを潜在的にジ

⁴⁶⁾ *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 at 703-704 (1972).

⁴⁷⁾ See, e.g., *Shoen v. Shoen*, 5 F.3 d 1289 (9th Cir. 1993).

ジャーナリストの特権を享有できるメディアへ変えたものといえるのかもしれない。しかしながら、そのように考えるならば、ジャーナリストの特権を享有できる主体の裾野は飛躍的に拡大することとなる。このような状況にあつて、公正な裁判を受ける権利の保障などとの関係から、ジャーナリストの特権の享有主体を一定程度に限定するという視点からは、何らかの規準を以て、公衆へ情報を伝播することを情報収集の端緒において意図しておりジャーナリストの特権を享有するとされていた者を一定程度制限しなければならない、こととなる。

そこで、構想されているのが、公衆へ情報を伝播する意図を有して情報を収集する個人的なメディアではあつたとしても、ジャーナリズム性が措定されるメイン・ストリームのオールド・メディアとの類似性を個人的なメディア（ニュー〈ニュー〉メディア）に求める⁴⁸⁾こと、また個人的なメディアの自律性などを求める⁴⁹⁾こと、により個人のジャーナリスト性を認める立場があつた。たしかに、このような見地に立つとするのであるならば、既述のように、メディア（媒体）の特性に着目してジャーナリストの特権の享有主体について峻別することが「確かな宛てもなき長く難渋な旅路」であるとするならば、このような規準を以て特定の情報（ジャーナリズムではなくジャーナル）を排除することが、一見合理的であるとも考えられうる。

しかしながら、このような規準を以てジャーナリストの特権の享有主体を区別することは、はたして妥当なのであろうか。それは、このようなジャーナリズムという要件は、直裁に、ここにおいて争点となっているジャーナリストの特権の享有主体（性）の問題ではなく、ジャーナリストの特権の客体の問題であるとも考えられるためである⁵⁰⁾。そして、その問題は、アメリカの合衆国巡回区上訴裁判所の諸判決が採用する、*Branzburg* 判決⁵¹⁾

⁴⁸⁾ See, e.g., *Jason O'Grady v. The Superior Court of Santa Clara County*, 44 Cal. Rptr. 3d 72 (6th Cal. App 2003); *Mortg. Specialists, Inc. v. Implode-Explode Heavy Indus., Inc.*, 999 A.2d 184 (N.H. 2010); *Too Much Media LLC v. Hale*, 206 A.3d 209 (N.J. 2011); *Johns-Byrne Co. v. TechnoBuffalo LLC*, No. 2011 L 009161 (July 13, 2012).

⁴⁹⁾ Paul Horwitz, *First Amendment Institutions*, Harvard University Press (2013).

⁵⁰⁾ See, e.g., *Silkwood v. Kerr-McGee*, 563 F.2d 433 at 436 (10th Cir. 1977).

⁵¹⁾ *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972).

の Stewart 裁判官の反対意見および Howell 裁判官の同意意見とパラレルに考えることが許されるならば、ジャーナリストの特権の適用においてそれら両意見に係る比較（利益）衡量（公正な裁判を受ける権利と取材・報道の自由）において、その優劣が判定されることともなるためである。すなわち、ジャーナリストの特権の客体の問題は、本来的なジャーナリストの特権の適用に係る比較衡量だけではなく、ジャーナリストの特権の享有主体性（standing）の判断においても考慮されることとなり、二重に考慮されることとなる。

たしかに、ジャーナリストの特権の主体と客体を二重に考慮すること自体、直ちに不合理であるとの誹りを受けることは、心外かもしれない。しかし、ジャーナリストの特権に関して、マスメディアの場合については、ジャーナリズムが基本的に措定されるにも拘わらず、個人的なメディアの場合については措定されないということは、メディアの中立性の見地を放棄するならばともかくとしても、（現在一定の支持を受けている）メディアに中立的な見地であるとはいえないであろう。

また、ジャーナリストの特権の享有主体性について、ジャーナリズムを要求することは、画一的な判断であるように思われる。それは、情報の法的な保護に値することに関わるジャーナリズムが、公正な裁判を受ける権利の保障と相対的に比較衡量される以前に、絶対的・画一的に判断されるためである。このことは、この判断が過大包摂となるならば、ジャーナリストの特権の侵害となるのであり⁵²⁾、過小包摂となるならば、この判断は無用であったともいえるのであり、あるいは妥当な判断であったとしても、有効ではあっても有意ではないのであり、いずれにせよ、弊害はあるにせよ、意義を見出し難いように思われるためである。

一方、マスメディアにおいて、ジャーナリストの特権の享有主体性については、ジャーナリズム性は基本的に問題とされることはない。あらゆるマスメディアには、ジャーナリズムが具わっているというのかもしれないが、疑問はないとはされないだろう。

⁵²⁾ ジャーナリストが既述の比較衡量後にジャーナリストの特権を保障される場合においても、比較衡量以前に享有主体性が否定されるため。

また、ジャーナリストの特権を享有する者について、ジャーナリズムという要件を課されることのないマスメディアと、この要件を課されることとなる個人的なメディアとを峻別することは、一種のスクリーニングともなるだろう。

そこで、近時、このような、マスメディアと個人的なメディアの混同を解消する目的のためであろうか、また公正な裁判を受ける権利の保障とジャーナリストの特権との均衡を図る目的のためであろうか、制度論的転回からジャーナリストの法的定義を捉える主張がなされてきていた。この主張は、公的言説を生成するために、自律を以てニュースを収集、訂正、そして伝播する者として、マスメディアはもちろん、一定の個人的なメディアについても、（制度として）ジャーナリストの特権という一定の保護を与えることとなる。

この制度論的転回の主張について、本稿が対象とするジャーナリストの特権の文脈に限定して捉えるのであるならば、ジャーナリストの特権を享有できる、マスメディアと一部の個人的なメディアを理論的に統合しようとする有意な試みとして捉えることができる。このことは、ジャーナリストの特権の享有主体について、マスメディアと一部の個人的なメディアが混在する状態を理論的に整合する試みという意味において、合理的であるといえるだろう。

本稿では、ジャーナリストの特権について考察していることから、ジャーナリストに関する制度論的転回自体の評価如何については埒外となるけれども、ジャーナリストの特権の文脈においても、制度論的転回が既述のようなジャーナリズムを根拠としてジャーナリストの特権の享有主体から一定の個人的なメディアを除外するのであるならば、基本的には既述のような問題を孕むこととなるだろう。そのように解する場合、制度論的転回の試みが成功しているとするのであるならば、これらの問題を解消しなければならないことは、いうまでもないだろう。

一方、日本において、取材源秘匿権の享有主体性の文脈ではないけれども、個人情報の保護に関する法律および特定秘密の保護に関する法律という実定法上、ジャーナリストについて法的に定義されていた。そこでは、「報

道の用に供する目的」(個人情報保護法 50 条 1 項 1 号)を有する者と規定されており、また「出版又は報道の業務に従事する者」(特定秘密保護法 22 条 1 項 2 項)と規定されていた。したがって、日本の実定法におけるジャーナリストは、報道を「業」とする者といえる。メディアに中立的であり、比較的に広汎な定義ともいえるだろう。

つぎに、日本の判例上、ジャーナリストの法的定義については、同じく取材源秘匿権の享有主体性に関する事案ではないけれども、記者クラブ(所属の記者)について、レペタ判決では「報道の公共性、ひいては報道のための取材の自由に対する配慮」が要請されており、また第 2 次記者クラブ訴訟判決では「我が国の報道分野において一定の役割を果たしている」という評価がなされていた。レペタ判決はともかくとしても、下級審判決ではあるが第 2 次記者クラブ訴訟判決においては、報道を「業」としているにとどまらず、報道による効用の多寡をも斟酌して、記者クラブ所属の記者とフリー・ジャーナリストとを区別していることから、実定法上のジャーナリストの定義よりも狭義であると評価することができるだろう。このような日本の判例は、既述したアメリカの判例と同様、「ある者が職業により保護を受け(保護を受ける者とはいかなる仕事に携わる者か)、他の者がその機能により保護を受け(保護を受ける者は何を為すか)、そして〔保護を受ける者の〕ほとんどは、その 2 つを併せもつ⁵³⁾」と評することが許されるだろう。このように、法的意味におけるジャーナリストという職業が(ジャーナリズムという機能とともに)必須要件となることは、必ずしもメディアに中立的(プロセス重視)な立場がとられてはいない、ということの裏返しであるともいえよう。このことは、個人情報保護法および特定秘密保護法が「報道機関」を定義していることとも、パラレルに捉えることができるだろう。

さいごに、日本の学説では、ジャーナリストの法的定義(取材源秘匿権の享有主体)について、「現に受け手の利益に資する情報流通」を担う「報道活動に対して受領する対価によって存立している活動」を行う者、とす

⁵³⁾ Jason A. Martin and Anthony L. Fargo, Rebooting Shield Laws: Updating Journalist's Privilege to Reflect the Realities of Digital Newsgathering, 24 U. Fla J.L.a & Pub Pol'y 47 at 54 (2013).

る立場があった⁵⁴⁾。このようなジャーナリストの法的定義については、報道される情報の内容を勘案していることから、実定法のような、報道を「業」とする者よりも、狭義に定義するものとして評価できるだろう。

以上より、日本法において、ジャーナリストの法的定義については、取材源秘匿権とは文脈を異にするものもあるけれども、またアメリカ法のように詳細な分析は必ずしもなされていないとはいえるけれども、概ね、報道を「業」とする者として捉える傾向にあるといいえよう。これらのジャーナリストの法的定義は、その当否はともかくとしても、情報の内容について斟酌していないことから、またメディア（媒体）についても中立的であることから、プレスのないしはジャーナリストの特権が「最新の写真植字術を駆使する大都市の大規模な出版社」はもとより、「カーボン紙あるいは謄写版を使う……孤独なパンフレット発行者」を包摂する如何という命題を課した、*Branzburg* 判決のアイロニー⁵⁵⁾は妥当してはいないともいいえよう。また、同判決にいう、「確かな宛てもなき長く難渋な旅路」の緒に日本の裁判所が就いてはいないことから、単に争点とはなっていないのかもしれない。そして、このことは、日本においては、アメリカほどにはブロガーなどによる調査報道が発展していないこと、さらにはこれらのジャーナリストの法的定義が取材源秘匿権の文脈にはないことを勘案するならば、既述の学説⁵⁶⁾が指摘していたように、「司法制度の機能」にかかわる取材源秘匿権の場合、取材源秘匿権の享有主体性をより制約する方向への要請がはたらくものともいいえよう。したがって、日本法における取材源秘匿権の享有主体性については、事案の文脈を異にしていた実定法および判例などにおいても、より狭義の定義を許容する可能性が高くなるものとも考えられる。

⁵⁴⁾ 池田公博「刑事裁判における取材源の秘匿」145-146 頁、ドイツ憲法判例研究会編・鈴木秀美編代『講座 憲法の規範力〈第4巻〉 憲法の規範力とメディア法』信山社、2015 年。

⁵⁵⁾ *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 at 703-704. (1972).

⁵⁶⁾ 池田公博「刑事裁判における取材源の秘匿」ドイツ憲法判例研究会編・鈴木秀美編代『講座 憲法の規範力〈第4巻〉 憲法の規範力とメディア法』信山社、145-146 頁、2015 年。

むすび

以上のことから、ジャーナリストの特権（取材源秘匿権）の目的が公衆への情報⁵⁷⁾の伝播にあるとするのであるならば、ジャーナリストの特権の客体である、かかる情報（ジャーナル）がジャーナリズムであることは、ジャーナリストの特権の享有主体性の必須要素とされることはないだろう⁵⁸⁾。このような立場からは、ジャーナリストの特権の享有主体性について、学説上支持を受けているメディアの中立性を措定するならば、ジャーナリストの特権の享有主体は飽くまでも情報の収集の端緒において公衆への情報（ジャーナル）の伝播を意図する者、へと帰着することとなる。ジャーナリストの法的定義は、メディアに中立的であり、メディアそのものの法的な定義ではないのである。

既述のように、本稿の立場では、ジャーナリストの特権の享有主体性の問題は、客体の問題へ相当程度収斂されることとなる。したがって、ジャーナリストの特権の享有主体性の問題は、半ばジャーナリストの特権の客体、さらには適用の問題へ委ねられることとなる。いわば、ジャーナリストの特権の享有主体性の問題は、ジャーナリストの特権の客体の問題を相当程度還元できることとなるだろう⁵⁹⁾。

翻るならば、ジャーナリストの特権の享有主体性を定義づけることについては、「我々は、そのように確かな宛てもなき長く難渋な旅路へ裁判所を船出させることを、本意とするものではない。」という、先に紹介した **Branzburg** 判決のアイロニーは、裁判所を「確かな宛てもなき長く難渋な旅路」に就かせる必要は必ずしもなかったという意味において、同判決当時の「最新の写真植字術を駆使する大都市の大規模な出版社」と「カーボン紙あるいは謄写版を使う孤独なパンフレット発行者」というアナログの文脈を超えて、デジタルの文脈にある現在において、なおも生きづいているものといえるのだろう。そして、このことは、合衆国最高裁がジャーナリストの特権を否定しているというよりも、かえってジャーナリストの特権

⁵⁷⁾ ジャーナリズムとの対比を強調するのであるならば、「ジャーナル」といえよう。

⁵⁸⁾ 当然、ジャーナルの一部には、ジャーナリズムも含まれる。

⁵⁹⁾ ただし、既述のように、ジャーナリストの特権の享有主体性の要件を客体においても二重に考慮することを指すものではない。なお、以下参照。前田正義「ジャーナリストの概念——ジャーナリストの特権のスタンディングをてがかりとして——」阪大法学 54 巻 4 号 75 頁、2004 年。

の享有主体を広汎化させる余地をもっているという点においては、異なる意味において、生きついているものともいえよう。それは、合衆国最高裁判所 **Branzburg** 判決が（ジャーナリストの特権が含意されうる）表現の自由を個人の権利として捉えていることにほかないだろう。

本稿は、JSPS 科研費 24530122 の研究助成による、成果の一部である。